

Universidade Cândido Mendes – UCAM

POLIANA DA SILVA ALVES

**DESISTÊNCIA DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO
REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA: UMA SOLUÇÃO
ALTERNATIVA**

BRASÍLIA

2009

POLIANA DA SILVA ALVES

**DESISTÊNCIA DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO
REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA: UMA SOLUÇÃO
ALTERNATIVA**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de pós-graduação “lato-sensu” em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes – UCAM.

BRASÍLIA

2009

Dedico este trabalho aos meus pais, condutores do meu saber e exemplos de perseverança e amor incondicional. Ao Heitor, pela parceria inabalável. Agradeço aos mestres e aos colegas de trabalho do gabinete da Ministra Nancy Andrichi, pelos conselhos e aprendizados diários.

RESUMO

A presente monografia trata do pedido de desistência do recurso especial repetitivo representativo da controvérsia. Especificamente, será analisada a possibilidade de deferimento desse pedido, considerando o interesse público e o objetivo de redução do número de processos no STJ, inerentes à Lei 11.672/2008, que introduziu, no ordenamento jurídico pátrio, o processamento de recursos especiais repetitivos. O pedido de desistência, aparentemente, não se coaduna com o espírito da referida Lei, razão pela qual se deve buscar uma saída conciliadora da vontade das partes e do legislador. Discorrerei sobre o tema, começando por analisar as características do recurso especial, para então adentrar nas minúcias da Lei 11.672/2008, destacando seu principal objetivo e o procedimento ali descrito para o julgamento da matéria controvertida e idêntica. Após, a pesquisa versará sobre o instituto da desistência recursal, previsto no art. 501 do CPC. Por último, se passará ao exame do tema propriamente dito, que envolverá uma descrição daquilo que foi decidido pelo STJ na Questão de Ordem no REsp 1.063.343/RS e no REsp 1.058.114/RS, já mencionado, e uma reflexão final sobre a mesma, de modo a se atingir a solução alternativa proposta neste trabalho.

Palavras-chaves: recurso especial, recurso especial repetitivo, desistência e procedimento.

ABSTRACT

This paper reports the waiver request made on the extent of the “recurso especial repetitivo representativo da controvérsia”, a special appeal to the Superior Court of Justice. It will be analyzed the possibility of the waiver request's grant, considering the public interesting and the purpose of reduction of the amount of suits on that Court, both inherent to the law 11.672/2008, which introduced in Brazil's legal system the “recurso especial repetitivo”. The waiver request, at first glance, is incompatible with the law's purpose, and, in order to satisfy the legislator and the parties' will, a solution may be found. The work consists of an analysis of the “recurso especial's” features and the peculiarities of the law 11.672/2008, emphasizing its goal and proceeding. Then, it will be exposed the waiver request, formally expressed in the article 501 of the Code of Civil Procedure. Lastly, the theme itself will be discussed, by describing the decision reached by the Superior Court of Justice on the previous question at “recurso especial” 1.063.343/RS and 1.058.114/RS; and also by reflecting about it, in order to come up with the solution suggested in this work.

Key-words: “recurso especial”, “recurso especial repetitivo”, waiver and proceeding.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 RECURSO ESPECIAL	9
2.1 Admissibilidade do recurso especial	9
2.1.1 <i>Pressupostos comuns</i>	<i>9</i>
2.1.2 <i>Pressupostos específicos.....</i>	<i>12</i>
2.1.2.1 CAUSAS DECIDIDAS EM ÚNICA OU ÚLTIMA INSTÂNCIA.....	12
2.1.2.2 ART. 105, III, “A”, CF/88	13
2.1.2.3 ART. 105, III, “B”, CF/88.	15
2.1.2.4. ART. 105, III, “C”, CF/88	16
3 A SISTEMÁTICA DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO	18
3.1 Objetivos da Lei 11.672/2008.....	18
3.2 Procedimento	19
4 DESISTÊNCIA DO RECURSO	24
5 RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA X DESISTÊNCIA	29
5.1 A questão de ordem no REsp 1.063.343/RS.....	29
5.2 Uma solução alternativa	32
6 CONCLUSÃO	37
7 BIBLIOGRAFIA	39



BDJur

<http://bdjur.stj.gov.br>

1. INTRODUÇÃO

Este é um trabalho monográfico que busca uma solução para um pedido aparentemente simples, mas que, no contexto analisado, merece uma reflexão mais aprofundada.

Trata-se do pedido de desistência feito no âmbito do recurso especial repetitivo representativo da controvérsia. Em 2008, foi publicada a Lei 11.672, que disciplina a solução de lides repetitivas no âmbito do STJ, a fim de reduzir o congestionamento processual naquela Corte.

Veremos que a nova Lei trata o interesse público de maneira especial, ao possibilitar a satisfação de vários jurisdicionados simultaneamente e orientar Juízes e Tribunais na aplicação da questão repetitiva.

O pedido de desistência, sob um primeiro olhar, parece ir de encontro a tal objetivo, pois o exercício desse direito subjetivo da parte poderá acarretar um atraso no julgamento da questão, além de desprestigiar todo o trabalho técnico necessário à apreciação do recurso especial repetitivo.

Essa aparente dicotomia entre os institutos está apenas começando a ser analisada pelo STJ, que, em dezembro de 2008, indeferiu o pedido de desistência feito pelo recorrente, no REsp 1.063.343/RS e no REsp 1.058.114/RS, selecionados pela Corte para representar a controvérsia relativa a questões bancárias.

Será utilizado nesta pesquisa o método instrumental. Analisando-se as nuances da Lei de Recursos Repetitivos e do direito subjetivo da desistência recursal, buscar-se-á um resultado prático a ser utilizado pelo STJ quando se depare com o pedido, como ocorreu no julgado acima mencionado.

Destaca-se o caráter legal e jurisprudencial do tema, sobrepondo-se ao caráter doutrinário, que, basicamente, será mais útil no primeiro capítulo, referente

ao recurso especial em si. Verifica-se que os dois primeiros aspectos, legal e jurisprudencial, são a base da pesquisa, sobretudo porque o assunto ainda engatinha no meio jurídico, carente de posições doutrinárias neste ponto.

Essa é uma das razões, aliás, pela qual o tema foi escolhido. Além da possibilidade de contribuição para a comunidade jurídica, o assunto é atual e desperta curiosidade, ao parecer, à primeira vista, intrincado e sem uma solução vantajosa para todos os interessados.

Junte-se isso à existência de controvérsias no âmbito do próprio STJ e está formado o cenário perfeito para o desenvolvimento de um trabalho monográfico que, longe de esgotar o tema, vem apenas compor o começo da discussão, alvo de opiniões nos mais variados sentidos.

2. Recurso especial

O recurso especial, previsto no artigo 105, III, alíneas *a*, *b* e *c*, da CF/88 tem sua origem no desmembramento da competência do recurso extraordinário para o STF, o qual, por sua vez, remonta ao Judiciary Act de 1789. Tanto o recurso especial quanto o extraordinário têm suas premissas baseadas no *writ of error* do direito norte-americano, criado com o escopo de, à época, sanar a divergência de entendimentos acerca de direito federal perante os Tribunais Estaduais.

Hoje, a competência para o julgamento do recurso especial é do STJ, conforme dispõe a CF/88, em seu art. 105, III. Cabe, então, tecer algumas considerações sobre a análise do recurso naquele Tribunal.

2.1 Admissibilidade do Recurso Especial

Todos os recursos, para serem analisados em seu conteúdo, necessitam, antes, passar por um juízo de admissibilidade, entendido como aquele que verificará se estão presentes as condições e os pressupostos recursais, essenciais para que seja enfrentado o mérito da atividade jurisdicional recursal.

Com exceção dos embargos de declaração e do agravo de instrumento¹, o juízo de admissibilidade é feito tanto no órgão *a quo* quanto no órgão *ad quem*, característica essa que Nelson Luiz Pinto denomina de *bifásica*.² Um não vincula o outro, de modo que mesmo que o recurso seja recebido no primeiro, pode ser que no segundo não seja conhecido. Conhecido o recurso, estará possibilitado o julgamento do mérito recursal.

¹ Nos embargos de declaração, como o recurso é interposto para apreciação pelo próprio órgão que prolatou a decisão, esse mesmo órgão exercerá o juízo de admissibilidade do recurso, que, em sendo positivo, terá julgado seu mérito. Quanto ao agravo de instrumento, previsto no art. 522 do CPC, será ele interposto diretamente no tribunal, portanto junto ao órgão *ad quem*, a quem competirão tanto o juízo de mérito quanto o juízo de admissibilidade do recurso.

² PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 54.

No caso do recurso especial, o primeiro juízo de admissibilidade é feito no Tribunal no qual foi proferida a decisão recorrível, no caso, algum Tribunal de Justiça, Tribunal de Alçada ou Tribunal Regional Federal. O segundo e último juízo de admissibilidade é feito pelo relator encarregado de julgar o recurso especial no STJ, que será analisado em seu mérito caso o relator conheça do aludido recurso.

2.1.1 Pressupostos Comuns

Há requisitos de admissibilidade comuns a todos os recursos cíveis. Trata-se dos pressupostos comuns intrínsecos e extrínsecos. Não é intuito desta pesquisa detalhar cada um destes requisitos, mas apenas ressaltar as peculiaridades dos mesmos relativamente ao recurso especial.

Entre os requisitos intrínsecos, elenca-se o cabimento, a legitimidade, o interesse e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo de recorrer.

As hipóteses de cabimento do recurso especial se encontram previstas no art. 105, III e suas alíneas, da CF/88 e serão melhor abordadas no tópico seguinte.

Destaca-se, no rol dos requisitos intrínsecos, o fato impeditivo do poder de recorrer, umbilicalmente ligado ao tema desta pesquisa. Tal requisito se traduz na desistência recursal, considerada como pressuposto negativo de admissibilidade, pois, uma vez presente, impede o conhecimento do recurso.

Os pressupostos comuns extrínsecos são a tempestividade, o preparo e a regularidade formal.

Quanto à tempestividade, o recurso especial deverá ser interposto no prazo de quinze dias, salvo os casos de prazo em dobro³, contados a partir do dia seguinte à intimação da decisão recorrida. Por se tratar de prazo peremptório, não pode ser prorrogado pela vontade das partes, nos termos do art. 182, do CPC.

³ Art. 188 do CPC: a Fazenda Pública e o Ministério Público terão prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer. Art. 191 do CPC: se os litisconsortes tiverem diferentes procuradores terão prazo em dobro para recorrer, para contestar e, de modo geral, para falar nos autos.

No entanto, caso cabíveis e interpostos embargos infringentes, “o prazo para recurso extraordinário ou recurso especial, relativamente ao julgamento unânime, ficará sobrestado até a intimação da decisão dos embargos”. Com efeito, é o que se depreende da leitura do art. 498, *caput*, do CPC, artigo esse que foi alterado pela Lei 10.352/2001.

Assim, com o advento da nova redação do art. 498 do CPC, não há mais que se falar em interposição simultânea de embargos infringentes, recurso especial e/ou recurso extraordinário.

Relativamente ao preparo, destaca-se a Súmula 187/STJ, segundo a qual “É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e de retorno dos autos.”

O verbete citado acima teve sua justificativa baseada na localidade do Tribunal, Brasília, cidade para qual todos os recursos deveriam ser transportados.

Da decisão que não admite o especial no Tribunal de origem cabe agravo de instrumento, previsto no art. 544 do CPC, o qual não exige preparo, pois as despesas, teoricamente, já foram pagas no tribunal *a quo*, o qual obsteu a subida do recurso especial. Na verdade, em se tratando de recurso especial é mais adequado falar em porte de remessa e retorno, quando houver essa exigência, no Tribunal de origem, que usar o termo “preparo”.

Os requisitos formais para interposição do recurso especial estão positivados no art. 541 do CPC, que estabelece ser necessária a exposição do fato e do direito, a demonstração do cabimento do recurso interposto e as razões do pedido de reforma da decisão recorrida. Essas exigências se fazem pertinentes justamente para que, no STJ, seja possível identificar o âmbito de devolutividade do recurso especial, o qual como se sabe, está adstrito às hipóteses do art. 105, III, *a, b, c*, da CF/88. Assim, caso os requisitos formais não sejam observados, a consequência será a incidência de um juízo negativo de admissibilidade do recurso especial.

2.1.2 Pressupostos Específicos

Os pressupostos específicos de admissibilidade do recurso especial são aqueles previstos na própria CF/88, constantes de seu artigo 105, III, alíneas *a*, *b*, *c*. Justamente porque se trata de um recurso de fundamentação vinculada, seus pressupostos de admissibilidade estão adstritos apenas a essas três alíneas, as quais, comprovadamente demonstradas, ensejarão a admissão do recurso em comento.

Reza o artigo 105, III da Constituição Federal:

Art. 105: Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: *a*) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; *b*) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; *c*) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Na presente pesquisa, a análise do artigo será dividida para que seja melhor analisado.

2.1.2.1 Causas decididas em única ou última instância

O termo “causas decididas” engloba qualquer decisão que comprometa uma lei federal. De acordo com a jurisprudência majoritária do STJ, no conceito de causa, “compreendem-se todas as decisões, proferidas pelos tribunais no exercício da jurisdição, em procedimento de jurisdição voluntária ou contenciosa.”⁴

Não se incluem no conceito de causa, entretanto, as medidas administrativas tomadas pelo Poder Judiciário, nem mesmo as manifestações dos tribunais decorrentes de correção, de ofício ou provocadas.⁵

⁴ Eresp 12.270/SP, Corte Especial, Rel. Min. Nilson Naves, DJ de 24.05.93; Eresp 16.118/SP, Corte Especial. Rel. Min. Willian Patterson, DJ de 09.11.1992. e EResp 19.481/SP, Corte Especial. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ de 16.11.1992.

⁵ SARAIVA, José. *Recurso Especial e o STJ*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 145-146.

O STJ detém a competência originária de julgamento (alíneas do inciso I do artigo 105); aquela em que julgará em sede de recurso ordinário (alíneas do inciso II do artigo 105) e, por fim, em sede de recurso especial.

Causas decididas em única instância pelos Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal ou Tribunais de Alçada são, portanto, aquelas que se originaram em um desses órgãos e que têm como única possibilidade de recurso a instância extraordinária. As causas decididas em última instância, por sua vez, são aquelas que, antes de chegarem à 2ª instância federal ou estadual, já passaram pela primeira, por deter essa a competência originária. É o que ocorre na maioria dos casos.

O requisito do prequestionamento, entendido como a necessidade de manifestação do Tribunal de origem sobre a matéria objeto da impugnação pela via especial, consubstanciado nas Súmulas 211/STJ, 282 e 356/STF, tem seu fundamento justamente na necessidade de a causa “ter sido decidida” em única ou última instância, pois não há como se conceber violação à lei federal ou a tratado sem que o Tribunal *a quo* tenha debatido, ou decidido sobre eles.

2.1.2.2 Art. 105, III, “a”, CF/88

De acordo com essa alínea o recurso especial é cabível quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência.

Inicialmente, cabíveis algumas considerações sobre os termos “contrariar” e “negar vigência”.

Desde a instauração da República, quanto à matéria infraconstitucional, era previsto o cabimento do recurso extraordinário quando a decisão recorrida “negasse vigência” à lei federal. Agora, além dessa expressão, há também o termo “contrariar” tratado ou lei federal.

A inclusão desse novo verbo ampliou significativamente o âmbito de análise do recurso especial, como bem acentuou Vicente Greco Filho, ao afirmar que: “a

contrariedade à lei é bastante ampla, abrangendo, aliás, a negativa de vigência. Contrariar a lei é, além de negar vigência, também interpretar erradamente”.⁶ Assim, o recurso especial se tornou cabível em qualquer forma de afronta à lei federal: negativa de vigência, ignorância da mesma pela decisão recorrida, aplicação errônea.

Os objetos de contrariedade ou negativa de vigência são a lei federal ou o tratado.

Lei Federal é aquela emanada do Congresso Nacional, vigente em todo território nacional, reflexo do exercício da competência legislativa privativa da União, prevista no art. 22 da CF/88.⁷

A proteção à lei federal, por meio do recurso especial, se justifica pela sua relevância para o pacto federativo. Em outras palavras, a organização da federação pressupõe uma aplicabilidade em todo território, tanto das normas constitucionais, pilar básico da estrutura estatal, quanto das leis federais e dos tratados, sobre os quais se discorrerá adiante.

A expressão “lei federal” deve ser interpretada como sinônima de “direito federal”, de modo a alcançar também o decreto, o regulamento federal, a medida provisória e a lei estrangeira, quando incorporada ao ordenamento interno por força do direito internacional e da nossa própria legislação, por meio da LICC.

Por outro lado, na expressão “lei federal” não estão compreendidos os atos normativos internos, como as resoluções, circulares, portarias e instruções normativas.

Já sobre o tratado, entendem Hildebrando Accioly e Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva⁸ que “é o ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de

⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, v. 2., 1996. p. 359-360.

⁷ SARAIVA, José. *Recurso Especial e o STJ*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 173.

⁸ ACCIOLY, Hildebrando e SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *Manual de direito internacional público*,. 12 ed., São Paulo : Saraiva, 1996, p. 20.

vontades entre duas ou mais pessoas internacionais.” José Francisco Rezek, por outro lado, ensina que “tratado é o acordo formal, concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”.⁹

De fato, este último conceito se coaduna melhor com o objetivo último de um tratado, qual seja, a produção de efeitos jurídicos, gerando obrigações e prerrogativas para quem adere.

É forçoso admitir que o artigo 105, III, alínea a da CF/88, ao permitir a interposição de recurso especial de decisão que for contra tratado, está implicitamente o equiparando à lei federal, objeto da proteção do referido remédio.

2.1.2.3. Art. 105, III, “b”, CF/88

Segundo esta alínea, cabe recurso especial de “decisão que julgou válido ato de governo local contestado em face de lei federal”. Alterado pela Emenda nº 45/2004, o dispositivo antes previa também que se fosse interposto recurso especial de decisão que julgou válida lei local contestada em face de lei federal. Tal competência é, agora, do STF, nos termos do art. 102, III, d, da CF/88.

A alteração ocorreu, porque, inegavelmente julgar válido ato ou lei local contestado em face de lei federal significa enfrentar questão de natureza constitucional e não de natureza legal. Nas palavras do Ministro Moreira Alves:

As questões de validade de lei ou de ato normativo de governo local em face de lei federal não são questões de natureza legal, mas, sim, constitucional, pois se resolvem pelo exame da existência, ou não, de invasão de competência da União, ou, se for o caso, do Estado.¹⁰

Por fim, ressalte-se que caso o acórdão não julgue válido o ato local contestado em face de lei federal, não cabe recurso especial, porquanto o art. 105, III, b, da CF/88 só veicula o caso de ser considerado válido, no acórdão recorrido, o ato local.

⁹ REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro : Forense, 1984, p. 21.

¹⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *O STF em face da nova Constituição – Questões e perspectivas*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília. 1989. p. 7.

2.1.2.4. Art. 105, III, “c”, CF/88

Assevera este dispositivo que “cabe recurso especial de decisão que der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.”

O objetivo do recurso especial é, como foi visto, a uniformização do direito federal. Sendo assim, fica claro que a alínea “c” se justifica porque não é concebível que se interpretem leis federais de maneira diferente.

Para que se configure a hipótese em apreço, é necessário que o recorrente demonstre que a decisão paradigma foi a que deu interpretação correta à lei e não a decisão recorrida. Não basta, portanto, que o recorrente simplesmente demonstre que há outro julgado de outro Tribunal, diferente daquele ensejador do recurso.

Além disso, exige-se que o recorrente demonstre que o acórdão paradigma cuidou de caso idêntico ao acórdão recorrido, tendo, apesar disso, decidido de forma diversa. Tal requisito se afigura óbvio, uma vez que, caso as situações fáticas não tenham sido as mesmas, não se pode dizer que a mesma lei federal foi interpretada de modo diferente, o que, portanto, não configura dissídio jurisprudencial.

Para o recurso especial fundado na alínea “c” ser admitido, mister se faz que a decisão paradigma corresponda a um entendimento atual sobre o tema. Isso não quer dizer que a decisão tenha que ser recente. Ela pode, perfeitamente, ter sido prolatada há vários anos, mas ainda assim, corroborar uma interpretação dada até os dias de hoje, e isso é o que importa.¹¹

Outro elemento indispensável para a admissibilidade do recurso especial pela hipótese em comento é que a decisão paradigma tenha sido proferida em um tribunal diferente daquele prolator do acórdão recorrido. De fato, para uniformizar as divergências dentro de um mesmo tribunal há o incidente de uniformização de jurisprudência, previsto no art. 476 do CPC e os embargos de divergência,

¹¹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1993. p. 326.

positivados no art. 546 do mesmo diploma, para os casos de divergência oriunda do STF ou do STJ.

A respeito do tema, o STJ editou o enunciado da súmula 13, segundo o qual “a divergência de julgados do mesmo tribunal não enseja recurso especial.”

Admite-se, contudo, a comprovação do dissídio na hipótese do acórdão paradigma ser oriundo do STF, STJ ou do extinto TFR, conforme se extrai do julgado abaixo:

Processual civil. Divergência entre julgados do extinto tribunal federal de recursos e de tribunal regional federal. A relação existente entre o extinto TFR, o STJ e os tribunais regionais federais é a mesma resultante da ocorrência de meiose, processo pelo qual as células filhas têm parte dos cromossomos da célula mãe. Aquelas são resultantes desta, guardam similitude, mas cada um adquire a sua própria identidade. Por isso, julgado do extinto tribunal federal de recursos serve para configurar o dissenso pretoriano quando em confronto com decisões dos tribunais regionais federais. Embargos conhecidos, mas rejeitados. ¹²

¹² EResp 939/PE, 1ª Seção, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ de 06.06.94.

3. A Sistemática do Recurso Especial Repetitivo

Neste capítulo, será feita uma análise da Lei 11.672/2008, que introduziu no ordenamento jurídico pátrio a figura do recurso especial repetitivo, cuja aplicação deve ocorrer na hipótese de existência de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito.

3.1 Objetivos da Lei 11.672/2008

A Lei 11.672/2008 introduziu no CPC o art. 543-C, topicamente inserido após os dispositivos que tratam sobre o requisito da repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário, quais sejam, os arts. 543-A e 543-B, do CPC.

Sua localização não se deu ao acaso. Com efeito, tanto a Lei 11.418/2006, que inaugurou nova sistemática de análise do recurso extraordinário, denominada repercussão geral da questão constitucional, quanto a Lei 11.672/2008, refletem tentativas do legislador para desafogar o Poder Judiciário, consubstanciadas na criação de entraves, a dificultar a remessa dos recursos excepcionais – extraordinário e especial – ao STF ou ao STJ, respectivamente.

Tais medidas foram necessárias em decorrência do elevado número de processos distribuídos às altas Cortes, cuja função, como se sabe, não é a de rever o mérito das decisões dos tribunais regionais, mas sim, uniformizar a legislação federal, no caso do STJ e pacificar divergências relativas à aplicação do texto constitucional, no caso do STF.

O STJ e o STF, portanto, não podem funcionar como terceira instância, o que, no mais das vezes, é esquecido por advogados que, na tentativa de reformar a conclusão atingida pelo Tribunal de origem, interpõem recurso especial ou extraordinário carentes de qualquer requisito para tanto, o que explica, em parte, o elevado número de processos que chegam àquelas Cortes.

Nas palavras de Daniel Moura Nogueira:

Enseja a revisão estratosférica tão somente as hipóteses onde a definitividade de uma testilha judicial encontra divergência no âmbito universal do Estado brasileiro, ou melhor explicando, a função da sentença de mérito, além da entrega da prestação jurisdicional, é a de tornar definitiva a posição chegada após as análises das premissas maior e menor do silogismo lógico-jurídico, nas quais havendo posições diferenciadas acerca dessa definição impõe a harmonia, pois, não é coerente que cada Tribunal de segunda instância chegue a uma definitividade diferenciada sobre assuntos semelhantes.¹³

Estima-se que o STJ julgue, por ano, 50 mil recursos, em sua maioria sobre questões idênticas. A Lei 11.672/2008 veio disciplinar o julgamento de tais questões, objetivando, primordialmente, o impedimento da subida das mesmas ao STJ, pois o Tribunal, com apenas uma decisão, é capaz de resolver milhares de casos análogos, providência que fará chegar à Corte, na medida do possível, tão-somente matérias relevantes e que envolvam divergência na interpretação da lei federal, conforme preconiza o art. 105, III, da CF/88.

3.2 Procedimento

A Lei 11.672/2008 se aplica na hipótese de haver multiplicidade de recursos com idêntica questão de direito. Idêntica questão de direito, o próprio nome já diz, não quer dizer semelhante contexto fático, o que raramente ocorre. Na verdade, a lei abrange as situações que, embora divergentes em algum ponto, ensejam a aplicação do mesmo entendimento jurídico. O tema da questão idêntica, portanto, restringe-se à predominância jurídica, sem olvidar da real circunstância da subsunção ou do encaixe dos fatos à norma.

O procedimento de julgamento do recurso especial repetitivo consiste na seleção de um recurso especial representativo da controvérsia, que será feita, nos termos do art. 543-C, §§ 1º e 2º, ou pelo presidente do Tribunal de origem ou pelo relator do recurso especial que, verificando a existência de jurisprudência dominante

¹³ NOGUEIRA, Daniel Moura. *A Nova Sistemática do Processamento e Julgamento do Recurso Especial, Art. 543-C, do CPC*. Revista de Processo. n. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais. Out/2008. p. 236.

sobre a questão, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

Neste ponto, válido ressaltar que a escolha do recurso representativo deve se dar de maneira extremamente cuidadosa, pois eventual incorreção nessa tarefa desvirtuará todo o procedimento, acarretando ainda, uma lentidão na prestação jurisdicional, já que milhares de recursos permanecerão sobrestados sem qualquer razão relevante para tanto.

A fim de apreciar adequadamente a questão, e conferir segurança jurídica na aplicação do procedimento, o STJ poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais, além de admitir a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades que tenham interesse na controvérsia.

Trata-se, na última hipótese, da figura conhecida como *amicus curiae*, ou amigo da Corte, incorporado à ordem processual em 1976, quando, pela primeira vez, encontrou apoio legislativo na Lei 6.385/76, que criou a Comissão de Valores Mobiliários. Sua função reside na aproximação da sociedade civil com o Poder Judiciário, conferindo maior legitimidade aos julgamentos.

No caso do recurso especial repetitivo, Daniel Ustárróz preleciona que:

Se, por um lado, é realmente impossível imaginar o direito de todos os indivíduos interessados peticionarem nos autos do julgamento paradigma, por outro, a vedação não poderá ser absoluta, sob pena de se ofuscar a aplicação democrática do direito. Daí a necessidade de harmonização das duas exigências.¹⁴

Cita-se como exemplo de *amicus curiae* a consulta ao Banco Central do Brasil, à Federação Brasileira de Bancos, ao Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor e à Defensoria Pública da União, no julgamento do REsp 1.063.343/RS e do REsp 1.058.114/RS, que tratam de questões repetitivas bancárias, e serão oportunamente analisados nesta pesquisa.

¹⁴ USTÁRROZ, Daniel. *Amicus Curiae: um Regalo para a Cidadania Presente*. Revista Jurídica. n. 371. Porto Alegre: Notadez. Set/2008. p. 94.

Após recebidas as informações, o Ministério Público deverá ter vista dos autos por 15 dias, de acordo com o art. 543-C, §5º, do CPC.

Ao ser incluído em pauta para julgamento, o recurso especial representativo da controvérsia terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e pedidos de *habeas corpus*, segundo o art. 543-C, §6º, do CPC.

Daniel Moura Nogueira faz uma observação quanto a esse dispositivo, alertando que tal determinação poderá prejudicar os recursos isolados, pelo que o procedimento, ao invés de tornar mais célere o resultado da análise dos recursos especiais, acabará por deixá-lo mais lento, na medida em que recursos que não façam parte do rol dos repetitivos ficarão meses ao aguardo de apreciação.¹⁵

Discorda-se de tal posicionamento, porque o objetivo primordial da Lei dos Recursos Repetitivos não é tornar mais célere o julgamento dos recursos especiais no STJ, mas diminuir o número de processos que chegam ao Tribunal, mesmo que isso acarrete, por via oblíqua, mais tempo disponível para o julgamento de outras demandas.

Por outro lado, ainda que o procedimento traga mais lentidão na apreciação de recursos isolados, não é de se considerá-lo ineficaz, na medida em que cumpre um bem maior: entrega a prestação jurisdicional em massa, satisfazendo a expectativa de milhares de jurisdicionados. Nesse aspecto, pondera-se o interesse das partes em um processo específico com aquele acalentado por inúmeras outras, em processos idênticos. Por certo que esse último deve prevalecer.

Uma vez julgado o recurso representativo e publicado o acórdão do STJ, os demais recursos especiais suspensos na origem poderão seguir dois caminhos: i) terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a

¹⁵ “Talvez o que seria para desafogar a corte especial e tornar mais célere o resultado das análises dos recursos especiais, poderá por outro lado tornar prejudicial a outros recursos isolados, quicá não haja um número grande de processo, nos quais os casos tidos como análogos existiam em diversos temas, ensejando, assim, retardamento dos demais recursos que não fazem parte do rol dos representados.”

orientação do STJ ou ii) serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão divergir da orientação do STJ.

Quanto à primeira hipótese, a solução se afigura óbvia e já sedimentada nos termos da Súmula 83/STJ, segundo a qual “não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

No que tange à segunda hipótese, estabelece o art. 543-C, §8º, do CPC que, mantida a decisão divergente pelo Tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

Tal exame será necessário para verificar se o recurso reúne condições de subida ao STJ, o que implica a análise de seus pressupostos extrínsecos de admissibilidade, tal qual se faz normalmente com qualquer recurso especial. A peculiaridade do repetitivo está em que, pela questão de mérito, não há dúvidas de que o mesmo deve ser remetido ao STJ, que uniformizará o entendimento sobre a mesma, exercendo sua função de guardião da lei federal, já que o acórdão recorrido está contra o que foi decidido pela Corte. Isso, contudo, só ocorrerá se o recurso preencher os pressupostos extrínsecos de admissibilidade – tempestividade, preparo e regularidade formal – , pois, caso não preenchidos, não terá êxito a irresignação, mesmo diante de posição divergente do STJ.

Relativamente ao procedimento do recurso especial repetitivo, cabe ressaltar que sua aplicação acarreta, como visto, a suspensão dos processos com idêntica questão de direito. Tal disciplina, por certo, excepciona o disposto no art. 542, §2º, do CPC, o qual confere ao recurso especial apenas o efeito devolutivo. Isso porque, a possibilidade que tem o Tribunal de origem de rever seu posicionamento, diante do julgamento do recurso especial representativo, impede a execução provisória do acórdão recorrido.

Como visto, portanto, a Lei 11.672/2008, ao prever que apenas uma decisão, simultaneamente, se aplique a vários processos, traduz um julgamento em massa daquilo que outrora era apreciado individualmente. Tal consideração é deveras

importante para embasar a orientação seguida nesta pesquisa, pois a análise da possibilidade de desistência do recurso especial repetitivo representativo da controvérsia passa necessariamente por tal afirmativa.

4. Desistência do Recurso

A possibilidade de desistência recursal está prevista no art. 501 do CPC, e consiste no direito subjetivo do recorrente de requerer que seu recurso, outrora interposto, não seja apreciado pelo órgão *ad quem*.

Nos termos do referido dispositivo legal, “o recorrente poderá, a qualquer tempo, sem anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.” É o que Barbosa Moreira denomina de “revogação da interposição”.¹⁶

Inicialmente, é importante ressaltar que a desistência recursal não se confunde com a renúncia ao direito de recorrer, prevista no art. 502 do CPC. Com efeito, aquela pressupõe a interposição do recurso; esta, por outro lado, expressa justamente uma vontade de não recorrer. Portanto, a desistência é ato posterior ao recurso e a renúncia é ato prévio ao mesmo.

A faculdade que tem o recorrente de desistir da impugnação pode ocorrer “a qualquer tempo”, leia-se, até o início do julgamento. Em sentido contrário, decidiu o STJ por homologar a desistência do REsp 556.685/PR, requerida após o começo do julgamento, mas antes de seu término.¹⁷ Trata-se, contudo, de entendimento jurisprudencial isolado, que contrasta com doutrina majoritária sobre o tema e com o decidido pelo próprio STJ, dois meses depois, por ocasião do julgamento do EREsp 218.426/SP, no qual a Corte Especial se manifestou no sentido do indeferimento da homologação do pedido de desistência formulado após o início do julgamento do recurso.¹⁸ No mesmo sentido, cita-se o AgRg no RE 212.671/DF, no qual o STF não

¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 5, p. 331.

¹⁷ QO no REsp 556.685/PR, 2ª Seção, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ de 11/02/2004.

¹⁸ EREsp 218.426/SP, Corte Especial, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 19/04/2004.

admitiu a desistência do recurso extraordinário, após ter sido prolatada decisão, mesmo antes de publicada.¹⁹

A desistência do recurso é ato dispositivo, que independe do consentimento da parte adversária. Difere, portanto, da disciplina prevista no art. 267, §4º, do CPC, que prevê a necessidade de anuência da parte contrária para a desistência de ação, depois de decorrido o prazo para resposta. A diversidade se explica: o réu pode ser prejudicado com a desistência da ação, pois sabe-se que sua ocorrência, ocasionando extinção do processo sem resolução de mérito, não impede que o autor ajuíze, posteriormente, nova demanda, de acordo com o art. 268 do CPC. E assim, o réu pode ter interesse em ver a lide apreciada desde logo, a fim de evitar novas possibilidades de ação contra si. A desistência do recurso, ao contrário, em nada prejudica o recorrido, pois o resultado final será apenas a manutenção da decisão recorrida. Nem mesmo o recorrente adesivo pode se considerar prejudicado, já que apenas recorreu em virtude de uma impugnação principal e se quisesse obter novo julgamento, deveria interpor recurso independente.

A desistência do recurso pode ser total ou parcial; essa última, desde que divisível a matéria objeto da impugnação. A desistência total ocasiona, geralmente, a extinção do procedimento recursal, não por inadmissibilidade do recurso mas porque o mesmo se tornará inexistente.

Ressalte-se que extinguir o procedimento recursal não significa extinguir o processo. Ao contrário do que ocorre com a desistência da ação, que necessariamente extingue o processo sem resolução do mérito (art. 267, VIII, do CPC), a desistência do recurso pode extinguir o processo com ou sem resolução do mérito, a depender do conteúdo da decisão recorrida, assim como também pode não extinguir o processo, como ocorre no caso de desistência de um agravo de instrumento, por exemplo.

Já quanto ao procedimento recursal, Fredie Didier Jr. explica que:

¹⁹ AgRg no RE 212.671/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 23/09/2003.

A desistência não extingue o procedimento recursal se houver outro recurso pendente de análise; o procedimento deve prosseguir, agora com objeto litigioso menor. Também não haverá extinção do procedimento recursal no caso de desistência parcial.²⁰

A desistência recursal prescinde de homologação judicial. Com efeito, extrai-se do art. 158, *caput*, do CPC que “os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”, excepcionando-se a hipótese prevista no parágrafo único do referido dispositivo, na qual o legislador previu a necessidade de homologação por sentença da desistência da ação.

Todavia, não se deve confundir desnecessidade de homologação judicial com ausência de manifestação do órgão judiciário sobre o pedido de desistência. O Tribunal apreciará o pedido, em qualquer circunstância, e o homologará, caso preenchidos os requisitos para tanto. Tal homologação, contudo, não é requisito de eficácia da desistência, pois, como visto, os atos das partes produzem efeitos imediatos. Trata-se apenas de um controle de ato processual, ao qual não pode se furtar o Judiciário. Veja-se, por exemplo, a previsão contida no art. 34, IX, do RISTJ, que dispõe ser atribuição do relator a homologação de desistências, ainda que o feito se ache em pauta ou mesa para julgamento.

Barbosa Moreira faz interessante paralelo entre os atos que necessitam de homologação e os que a dispensam, referindo-se especificamente à desistência:

A diferença em relação às hipóteses de ato dependente de homologação reside em que, nestas, o pronunciamento judicial tem natureza constitutiva, acrescenta algo novo, e é ele que desencadeia a produção dos efeitos, ao passo que, aqui, toda eficácia remonta à desistência, cabendo tão-só ao juiz ou ao tribunal apurar se a manifestação de vontade foi regular e – através de pronunciamento meramente declaratório – certificar os efeitos já operados.²¹

A desistência impede nova interposição do recurso que se desistiu, mesmo ainda fluindo o prazo recursal, por evidente preclusão lógica. De fato, não é crível

²⁰ DIDIER JR., Fredie e CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. *Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 31.

²¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 5, p. 334-335.

admitir que a parte, outrora desistente, se arrependa de seu pedido e venha a interpor novo recurso, pois já teve oportunidade para tanto, consumada quando da interposição do primeiro, do qual se desistiu. O segundo recurso, portanto, será manifestamente inadmissível.

Barbosa Moreira, contudo, ressalva a hipótese de sucumbência recíproca, na qual pode ocorrer de a parte desistir de seu recurso, independentemente interposto, e, posteriormente, ser intimada da existência de recurso do adversário, situação na qual, para o referido autor, o efeito preclusivo deve ser afastado, admitindo-se a interposição de recurso adesivo, pela parte outrora desistente.

Nas palavras do processualista:

O efeito preclusivo cede, aí, diante da regra especial do art. 500, *caput*, 2ª parte, que, sem restrição de espécie alguma, reabre ao litigante parcialmente vencido a possibilidade de impugnar por sua vez a decisão, em verificando que dela recorreu o adversário.²²

De acordo com o art. 501 do CPC, o recorrente não necessita da anuência dos litisconsortes para exercer seu direito de desistência. O princípio da autonomia entre os litisconsortes garante que os atos e omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros, nos termos do art. 48, *in fine*, do CPC. Tal regra, contudo, só se aplica ao litisconsórcio simples, no qual a decisão final pode ser diferente para cada litigante.

Quando, contudo, a situação litigiosa for tal que reclame necessariamente disciplina uniforme para todos os co-litigantes, é necessário que todos os litisconsortes anuem com a desistência. Trata-se do litisconsórcio unitário, no qual a solução final da demanda deve ser a mesma para todos, não se admitindo que, em virtude da desistência, um dos litisconsortes receba prestação jurisdicional diferente da dos demais, que não desistiram. A desistência do recurso, nessas hipóteses, só acarretará o trânsito em julgado da decisão recorrida, se todos os litisconsortes desistirem.

²² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 5, p. 336-337.

Afasta-se tal regra, todavia, caso apenas um litisconsorte unitário, ou alguns, tenham recorrido. Exige-se, na espécie, que apenas os que recorreram anuam com a desistência. Assim, caso haja outros litisconsortes unitários que, embora vencidos, não interpuseram qualquer recurso, não será necessário ouvir-lhes, pois, se abstendo de recorrer, não é plausível que requeiram a continuação do procedimento recursal.

É lícita, contudo, a interposição de recurso por litisconsorte, posteriormente à desistência de outro co-litigante, em relação ao recurso que interpusera, desde que dentro do prazo recursal. Afasta-se, em tal hipótese, a ocorrência de preclusão lógica, pois essa pressupõe atos incompatíveis realizados pela mesma parte, o que não se confunde com atos de litisconsortes, que, “salvo disposição em contrário, serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos”, de acordo com o art. 48 do CPC.

5. Recurso Especial Representativo da Controvérsia X Desistência

Conforme visto no capítulo 3 deste trabalho, o procedimento de julgamento do recurso repetitivo tem início com a seleção de um recurso especial que representará a controvérsia, de modo que a decisão aí alcançada se aplicará aos demais, idênticos e sobrestados na origem.

Portanto, cabe refletir sobre a atitude a ser tomada pelo STJ quando receba um pedido de desistência justamente do recurso selecionado. Pode parecer uma hipótese rara, afinal de contas, a Corte tem à sua disposição inúmeros processos, de modo que a probabilidade de se selecionar um do qual o recorrente desistirá posteriormente é, de fato, baixa.

Todavia, não é impossível. Foi o que aconteceu em dezembro de 2008, no REsp 1.063.343/RS e no REsp 1.058.114/RS, nos quais se suscitou a questão de ordem discutindo-se a celeuma tema desta pesquisa. Sobre ela se discorrerá a seguir.

5.1 A Questão de Ordem no REsp 1.063.343/RS e no REsp 1.058.114/RS

Em 22/10/2008, a Min. Nancy Andrighi afetou à 2ª Seção do STJ os julgamentos do REsp 1.063.343/RS e do REsp 1.058.114/RS, ambos tendo como recorrente o Banco Volkswagen S/A. O intuito era de que o referido órgão colegiado, em conformidade com a Lei dos Recursos Repetitivos, consolidasse entendimento relativo à legalidade ou não da cláusula que prevê a cobrança da comissão de permanência em contratos bancários, em caso de inadimplência do consumidor.

Para concretizar tal decisão, foram remetidos ofícios aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça, com cópias dos acórdãos

recorridos e das petições de interposição dos recursos especiais, determinando a suspensão do processamento dos recursos especiais que versassem sobre a referida matéria.

Em obediência ao disposto no art. 543-C, §4º, do CPC, funcionaram como *amicus curiae*, na espécie, o Banco Central do Brasil – BACEN, a Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC e a Defensoria Pública da União – DPU.

Ocorre que, após proferido os pareceres do Ministério Público Federal, e após a inclusão dos referidos processos em pauta, para serem julgados na sessão do dia 26/11/2008, foram protocolizadas, em 21/11/2008, petições requerendo a desistência dos recursos selecionados.

A Min. Nancy Andrighi, diante de tal requerimento, suscitou questão de ordem para submeter à Corte Especial a apreciação do pedido. Isso porque, a desistência dos referidos recursos, na opinião da eminente Ministra, colide com o interesse coletivo que caracteriza o julgamento dos processos submetidos ao disposto no art. 543-C, do CPC.

Iniciou-se, dessa forma, o julgamento da questão na Corte Especial do STJ, onde opiniões diversas foram expostas, variando entre três conclusões: i) o recorrente, sob hipótese alguma, poderia desistir do recurso especial representativo da controvérsia; ii) o recorrente poderia desistir do recurso, pouco importando o fato de ter sido aquele recurso selecionado para representar a questão controvertida e iii) o recorrente poderia desistir do recurso; contudo, o mesmo seria apreciado para posteriormente ser homologada a desistência.

Os adeptos da primeira corrente, inicialmente, foram os Ministros Nilson Naves, Ari Pargendler e Hamilton Carvalhido. Para eles, a nova Lei de Recursos Repetitivos anda lado a lado com o interesse público, de modo que o interesse privado, condutor do pedido de desistência, revela-se subalterno na hipótese.

O Min. Nilson Naves ressaltou ainda, em seu voto, o indeferimento do pedido de desistência do EREsp 218.426/SP, feito após o início do julgamento do recurso, aplicando tal entendimento à presente hipótese, em que, afetado o recurso especial para a apreciação da questão repetitiva, eventual pedido de desistência nessa fase não é de ser deferido.

O único adepto da segunda corrente foi o Min. João Otávio de Noronha, para quem a desistência é ato unilateral e direito subjetivo da parte, sob todo e qualquer aspecto. Para o eminente Ministro, a parte não pode, porque o recurso foi escolhido como paradigma, ser punida com a impossibilidade de desistir da demanda.

Defenderam a aplicação da terceira corrente, inicialmente, a Min. Nancy Andrighi, relatora dos recursos, os Ministros Luiz Fux, Aldir Passarinho Junior, Eliana Calmon, Francisco Falcão e Laurita Vaz.

Os seguidores desta posição aderiram ao voto da Min. Nancy Andrighi, cuja proposta originária conciliava, em suma, o interesse público com o privado. Ressaltou-se, naquele voto, que:

“A nova ótica constitucional deixou para trás a clássica divisão entre Direito Público e Direito Privado. A CF/88, denominada “Constituição Cidadã”, foi construída sobre outra base sólida de divisão de direitos. Hoje, a *summa divisio* é Direito Individual e Direito Coletivo. Portanto, nenhum esforço interpretativo dissociado dessa orientação produzirá os efeitos constitucionais perseguidos”.²³

De acordo com essa corrente, a Lei de Recursos Repetitivos reflete a coletivização inerente à nova ordem constitucional, cuja orientação repercutirá tanto no plano individual, resolvendo a lide entre as partes, quanto na esfera coletiva, norteando o julgamento dos vários recursos que tratam de idêntica questão de direito.

O problema em se deferir a desistência girava em torno de duas questões: i) o direito individual à razoável duração do processo de todos os demais litigantes que esperavam pela solução da controvérsia seria desrespeitado e ii) a seleção de um

²³ QO no REsp 1.063.343/RS, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 04/06/2009.

novo processo demandaria a aplicação de todo o procedimento novamente, tornando inútil todo trabalho anterior e o pior, correndo-se o risco de haver outro pedido de desistência, de modo que a celeuma não chegaria a um fim.

A conclusão atingida pelos adeptos dessa terceira corrente, portanto, foi a de deferir o pedido de desistência, sem prejuízo, contudo, da formulação de uma orientação quanto à questão idêntica de direito existente nos múltiplos recursos.

Todavia, posteriormente, a eminente Min. Nancy Andrighi retificou seu voto, no que foi acompanhada pelo Min. Luiz Fux. A retificação consistiu no abandono da tese acima descrita, para acatar aquela proposta pela primeira corrente.

Portanto, o STJ decidiu, em 17/12/2008, indeferir o pedido de desistência do recurso especial repetitivo representativo da controvérsia.

5.2 Uma Solução Alternativa

Analisando-se a Lei de Recursos Repetitivos, não só sob o enfoque de seu procedimento, mas também sob as circunstâncias que levaram o legislador a elaborá-la, não há dúvidas de que, a partir do momento em que o recurso é levado à Seção, o interesse na definição da causa deixa de ser apenas das partes e passa a ser público.

Muito bem ressaltou o Min. Massami Uyeda, em sessão ocorrida no dia 26/11/2008²⁴, que “o espírito da lei é exatamente o de estabelecer diretrizes por meio de teses e devolver a dignidade ao STJ, porque é impossível julgar com tamanha carga de trabalho”.

Sob esse *prima*, a decisão do recurso paradigma irá beneficiar toda a sociedade e a desistência do mesmo, *contrario sensu*, irá prejudicá-la. Para se ter um exemplo, antes da discussão travada na questão de ordem no REsp

²⁴ Sessão ocorrida no dia 26/11/2008, entre os Ministros do STJ da 2ª Seção, na qual se travou a discussão sobre a necessidade ou não de se submeter o pedido de desistência à apreciação da Corte Especial do STJ.

1.063.343/RS, o Min. Sidnei Beneti homologou a desistência de um recurso especial que, se julgado, iria definir cerca de 60 mil causas idênticas pelo país.

Por outro lado, não se pode negar que o direito à desistência recursal é instituto previsto no ordenamento jurídico e que não pode ser ignorado. A idéia, ao se interpor um recurso especial, é a de pacificar a aplicação da lei federal, e não a de se formular uma tese, tal qual ocorre na ação direta de inconstitucionalidade perante o STF, por exemplo.

As partes não podem ser obrigadas a litigar, tampouco podem ser responsabilizadas pela ocorrência de inúmeros procedimentos previstos em lei para se julgar o repetitivo e impedidas de requerer a desistência porque o STJ já teve todo um trabalho técnico sobre aquele recurso.

Há ainda um argumento, utilizado por aqueles que são a favor do pedido de desistência, que é o fato do STJ ter retirado a validade do art. 501 do CPC, o que só pode ser feito por meio de controle de constitucionalidade, nos termos do art. 97 da CF/88.

Nas palavras de Lênio Luiz Streck:

“Para que, in casu, o artigo 501 do CPC não fosse aplicado, haveria (e há) apenas uma solução: a sua nulificação, ou seja, a retirada de sua validade (no todo ou em parte), o que só pode ser feito por intermédio de controle de constitucionalidade, nos termos do art. 97 da CF. É só assim que, em uma democracia, um Tribunal pode deixar de aplicar uma lei”²⁵

Confrontando-se as duas posições, urge-se atingir uma solução alternativa para o problema. Com efeito, todos os argumentos são válidos e devem ser sopesados na busca de uma saída que concilie os interesses público e privado, não fazendo letra morta do CPC, mas também não ignorando uma realidade social, amparada pela Lei 11.672/2008.

²⁵ www.conjur.com.br/2008-dez-25/decisao_desistencia_recurso_inadequada?pagina=2

Excelentes as considerações do Min. Nilson Naves que, no HC 95.838/RJ²⁶ e no HC 96.521²⁷ afirmou, respectivamente que “havendo normas de inspirações ideológicas – antinomia de princípio -, a solução do conflito (aparente) há de privilegiar a liberdade, porque a liberdade anda à frente dos outros bens da vida, salvo à frente da própria vida” e que “impõe-se, isto sim, se extraíam conseqüências de um bom, se não excelente, princípio/norma, que cumpre ser preservado para o bem do Estado democrático de direito”.

Não há direitos absolutos na ordem jurídica pátria. Havendo um conflito de interesses, caberá ao intérprete ou magistrado, no caso concreto, decidir qual direito prevalecerá, levando-se em consideração a regra da máxima observância dos direitos envolvidos, conjugando-se com sua mínima restrição.

O STJ, na questão de ordem no REsp 1.063.343/RS, restringiu, ou, na verdade, aniquilou qualquer direito que possuía o recorrente de desistir do seu recurso. Não foi a melhor solução adotada, mormente se considerando que, na hipótese, ambos os interesses, público e privado, poderiam ter sido acatados.

Em prol de uma solução pragmática para a questão, propõe-se, nesta pesquisa, a adoção da terceira corrente, descrita no tópico anterior. Verifica-se que a tese desta corrente difere da primeira, acatada pela maioria no STJ, apenas por uma peculiaridade, ressaltada no voto do Min. Nilson Naves: o pedido de desistência do recurso repetitivo foi feito tardiamente, após o início de seu julgamento. No mais, ambas as correntes se assemelham e se resumem, basicamente, na preponderância do interesse público sobre o privado, a impossibilitar o deferimento da desistência.

Todavia, não se pode concordar com a opinião de que o pedido de desistência, na hipótese examinada pelo STJ, foi feito tardiamente porque realizado após a instrução do recurso especial, leia-se, após o trabalho técnico realizado pelo STJ de consulta aos *amici curiae* e ao Ministério Público.

²⁶ HC 95.838/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves, DJe de 17/03/2008.

²⁷ HC 95.838/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves, DJe de 12/05/2008.

Início do julgamento do recurso significa o começo de uma sessão na qual se discutirá o mérito da controvérsia. Assim, o REsp 1.063.343/RS, na verdade, não teve seu julgamento iniciado quando do pedido de desistência, ocorrido cinco dias antes da sessão prevista para sua apreciação.

Obviamente, se o pedido de desistência do recurso repetitivo fosse feito após o começo da sessão de julgamento, seu indeferimento é conclusão indubitável, não cabendo falar aí em existência de controvérsia, já que qualquer recurso, repetitivo ou não, cuja desistência seja requerida nesta fase, deve prosseguir.

Considerando-se, portanto, que o pedido foi feito a tempo, derruba-se a tese utilizada pela primeira corrente, radical e inadequada, e, se o argumento da intempestividade do pedido fosse o único a ser utilizado, não sustentaria, por certo, a decisão final do STJ. Por outro lado, louva-se a opinião ali formada no que se refere às conseqüências negativas que o deferimento do pedido de desistência traria, se atendido nos moldes pretendidos pela parte, opinião essa compartilhada pela terceira corrente, cerne da proposta deste trabalho.

A homologação da desistência do recurso especial paradigma, inicialmente, frustraria a expectativa de uma gama de jurisdicionados que se beneficiariam com uma solução mais célere do litígio, caso o procedimento seguisse seu curso normalmente. Em outras palavras, o direito à duração razoável do processo seria desrespeitado e o espírito da Lei de Recursos Repetitivos também.

Entre a frustração de um litigante, que teria seu pedido de desistência indeferido, e a de milhares de outros, diante de seu deferimento, não se duvida que o princípio da razoabilidade conduz à adoção da primeira, que privilegia o interesse público em detrimento do privado.

Há ainda que se considerar todo o trabalho técnico do STJ para o exame da questão repetitiva. Na hipótese, a consulta ao BACEN, à FEBRABAN, ao IDEC e à DPU, embora não representassem o início do julgamento do recurso, conforme visto, demandaram tempo e um cuidadoso exame da matéria, e seriam inúteis caso deferido o pedido de desistência.

Tal possibilidade, ademais, poderia criar um perigoso precedente, diante do risco de realização de sucessivos pedidos de desistência, desprestigiando e desvirtuando as instituições consultadas e o STJ. A Lei 11.672/2008, ao invés de levar dignidade ao STJ com a redução do número de processos, estaria servindo, na verdade, para manipulá-lo ao bel prazer das partes.

Destaca-se, nesse contexto, as palavras da Min. Nancy Andrighi, que em seu voto afirmou que:

“entender que a desistência recursal impede o julgamento da idêntica questão de direito é entregar ao recorrente o poder de determinar ou manipular, arbitrariamente, a atividade jurisdicional (...), podendo ser caracterizado como verdadeiro atentado à dignidade da Justiça”²⁸

Por essas razões, entende-se que a questão repetitiva deve ser apreciada pelo STJ, inobstante o pedido de desistência. Aquela Corte, a rigor, estará julgando em massa, apreciando uma tese a ser aplicada posteriormente aos recursos especiais sobrestados na origem. Ao ser afetado como repetitivo, aquele recurso não só versará sobre o caso concreto, litígio entre as partes, mas também sobre uma tese que interessa aos demais jurisdicionados que aguardam pela solução, e até à sociedade de um modo geral.

Considerando, entretanto, o princípio dispositivo, de autonomia privada das partes no processo, não se deve ignorar o pedido de desistência. Esse deve ser deferido, porém, após a apreciação da tese. A solução, portanto, é postergar a homologação da desistência para momento posterior à resolução da questão repetitiva. Dessa forma, a tese ali formada se aplicará a todos os recursos sobrestados na origem, conforme disposto na Lei 11.672/2008, mas não incidirá sobre o recurso paradigma, cuja decisão final será a do acórdão recorrido, proferida pelo Tribunal de origem.

Apenas desta maneira, serão atendidos os interesses público e privado, entendendo-se que o Poder Judiciário deve sempre prezar pela conciliação entre ambos.

²⁸ QO no REsp 1.063.343/RS, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJE de 04/06/2009.

6. CONCLUSÃO

Para os operadores do Direito, sem distinção, é comum enfrentar o desafio teórico e prático, consistente na escolha entre direitos igualmente importantes. Ao final, segue-se apenas um caminho, mas a chegada até ele é permeada por intensos debates e discussão de teses de relevância jurídica sem igual.

A chegada àquele caminho, por outro lado, jamais é definitiva, assim como nada nas ciências jurídicas o é. Nada respalda também a afirmativa de que aquela estrada é a melhor, mais certa, ou mais segura, razão pela qual não é raro presenciar mudanças de rumo.

Nesse sentido, reflexões acerca das várias opiniões que rodeiam a possibilidade de desistência do recurso especial repetitivo representativo da controvérsia são válidas, na medida em que contribuem para a chegada a um caminho mais justo, embora não o ideal, pois a perfeição é sempre questionável.

E, na busca pela justiça, nada melhor que atender ao interesse público e privado, simultaneamente, diante de normas colidentes entre si. Não há razão para que se privilegie um, em detrimento do outro, se na hipótese é possível que ambos andem lado a lado.

Diante da inexistência de direitos absolutos, o pedido de desistência deve ser visto com ressalvas, se realizado em um contexto diferente daquele ordinariamente previsto pelo CPC, em seu art. 501. Justifica-se tal afirmativa, pois seu deferimento, no caso do recurso especial repetitivo paradigma da controvérsia, poderá acarretar prejuízos de ordem pública, que se resumem a uma prestação jurisdicional carente de efetividade e eficácia, contrária, portanto, à Lei 11.672/2008.

O espírito da referida lei será atendido, contudo, se a tese trazida naquele recurso especial for, de fato, apreciada, ignorando-se, em um primeiro momento, o pedido de desistência. A idéia que embasa tal solução surge a partir do momento

em que o processo, afetado ao julgamento da questão repetitiva, deixa de interessar apenas às partes, para interessar aos litigantes dos processos sobrestados e à sociedade como um todo.

Todavia, aquele recurso especial continua sim interessando às partes no caso concreto, embora não só a elas. Por essa razão, o pedido de desistência deve ser homologado, mas posteriormente à apreciação do recurso repetitivo no qual a desistência foi requerida.

Não há nenhuma contradição na adoção dessa saída, pois parte-se do pressuposto de que o recurso não pertence mais só às partes e, portanto, não se pode permitir que as mesmas frustrem o interesse público. A partir do momento em que o recurso especial é escolhido para representar a controvérsia, o pedido de desistência, portanto, deixa de ser absoluto, mas não impossível de ser acatado.

7. BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY, Hildebrando e SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento, *Manual de direito internacional público*, 12 ed., São Paulo : Saraiva, 1996.

ALVES, José Carlos Moreira. *O STF em face da nova Constituição – Questões e perspectivas*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília. 1989.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5.

DIDIER JR., Fredie e CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. *Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Salvador: Juspodivm, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, v. 2., 1996.

NOGUEIRA, Daniel Moura. *A Nova Sistemática do Processamento e Julgamento do Recurso Especial, Art. 543-C, do CPC*. Revista de Processo. n. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais. Out/2008.

PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. SARAIVA, José. *Recurso Especial e o STJ*. São Paulo: Saraiva, 2002.

REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro : Forense, 1984.

STRECK, Lênio Luiz. *Decisão sobre desistência de recurso é inadequada*. Disponível em : < <http://www.conjur.com.br/2008-dez> > Acesso em 19 junho.2009.

USTÁRROZ, Daniel. *Amicus Curiae: um Regalo para a Cidadania Presente*. Revista Jurídica. n. 371. Porto Alegre: Notadez. Set/2008.